

O MODELO PROCESSUAL DE ACESSO A SAÚDE

Fábio Nogueira Costa¹
Heitor Miranda Guimarães²

COSTA, F. N.; GUIMARÃES, H. M. O modelo processual de acesso a saúde. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**. Umuarama. v. 13, n. 1, p. 87-112, jan./jun. 2010.

RESUMO: O presente artigo analisou o direito à saúde como direito indeclinável do cidadão-jurisdicionado, tendo em vista sua proteção Constitucional e de igual forma seu *status* de direito fundamental, notadamente por estar abrangido pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Discorreu sobre o cidadão-jurisdicionado como consumidor dos serviços Estatais, e dessa forma evidenciou os direitos desse indivíduo, delineando inclusive o conceito de hipossuficiência que envolve o cidadão-consumidor. Portanto, destacou a limitação do Estado frente à demanda social, evidenciando, sobretudo que esse obstáculo financeiro não pode traduzir óbice ao dever do Estado, justificando o afastamento de princípios econômicos face a princípio constitucional do direito fundamental à saúde. Finalmente, destacou que o Mandado de Segurança remédio Constitucional para assegurar direito líquido e certo norteados pelo artigo 5º da Constituição Federal revela-se, como a medida mais adequada para garantia dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Mandado de segurança. Proporcionalidade. Reserva do possível. Mínimo existencial. Modelo processual. Estado.

1. INTRODUÇÃO

Inquestionável que o Estado, há muito vem demonstrando sua incapacidade de suprir a demanda social provocada e sustentada pelos inúmeros direitos

¹Advogado militante e sócio fundador do escritório Nogueira Costa e Advogados Associados em Campo Grande-MS; Presidente do Instituto de Estudos Jurídicos de Mato Grosso do Sul – IEJ-MS, Professor de Processo Civil na graduação no Centro Universitário de Campo Grande – Anhanguera Educacional, Especialista em Direito Civil e Processual Civil Civil, pelo INBRAPE-PR e UNIDERP, Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Endereço Eletrônico: fabio@nogueiracosta.com.br

²Advogado atuante há cerca de 08 anos, graduado Bacharel em Direito pela UNIGRAN (Dourados - MS); Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNIDERP (Campo Grande - MS); Mestrando em Direito Processual Civil pela UNIPAR (Umuarama - PR); Professor da Disciplina de Direito Processual Civil nos Cursos de Direito da UCDB (Universidade Católica Dom Bosco) e do Centro Universitário de Campo Grande (UNAES/ANHANGUERA), ambos em Campo Grande (MS). Endereço Eletrônico: heitormirandaguimaraes@hotmail.com

assegurados pela Carta Magna de 1988.

Não se pode olvidar ainda, que a demanda social reflete-se nos mais diversos reclamos, como direito a habitação, saúde, educação, emprego, assistência social, enfim direitos que vêm inequivocamente contemplados no conceito de dignidade da pessoa humana, que foi acertada e veementemente assegurado pela Constituição Federal.

Destarte, pretende-se evidenciar a realidade, necessidade e posição do judiciário, bem como do Estado face as demandas cada vez mais frequentemente aforadas com o objetivo de ver franqueado acesso a medicamentos e tratamentos farmacêuticos de alto custo.

O esgotamento do tema, não é pretensão desse artigo, mormente porque as necessidades representadas por inúmeras medidas judiciais que se multiplicam, fatalmente importarão em discussões e ponderações futuras sobre o tema.

Nesse sentido, apontar a evolução conceitual, a postura e entendimento sufragado pelo Judiciário e de igual forma pelo Estado, face às várias teorias que sustenta uma ou outra tese define o objetivo do presente trabalho.

2. A TUTELA JURÍDICA

Tratar de vertente tão relevante, impõe a necessidade de discorrer inicialmente sobre a fonte formal direta de direito, no caso a legislação, que sustenta o direito ao acesso a saúde, e por via reflexa o direito a ver franqueado pelo Estado em suas diversas esferas, o fornecimento de medicamentos.

Observando a hierarquia de normas traçadas pelo ordenamento jurídico, tem-se, como já declinado, a norma Constitucional elevando o direito à saúde ao *status* de direito fundamental, versou sobre o tema de forma veemente em duas oportunidades distintas.

Inicialmente contemplou no rol de direitos sociais o direito a saúde:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ainda nesse sentido, imputou ao Estado de forma clara o dever de prover a saúde ao cidadão:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nota-se que a preocupação, com direitos sociais, especialmente à saúde foi amplamente evidenciada pelo Legislador Constituinte, pois além dos artigos declinados, de forma reflexa encontra-se a tutela Constitucional ainda, no artigo 7º, incisos IV e XII, no artigo 23º, inciso II, artigo 24º inciso XII, artigo 30º inciso VII, artigo 34º inciso VII letra “e”, artigo 35º inciso III, artigo 167º inciso IV, artigos 197º, 198º, 199º e 200º, artigo 208º inciso VII, artigo 220º § 3º inciso II, artigo 227º e § 1º.

Sem olvidar ainda, a garantia preconizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

De igual modo, a legislação ordinária traduzida na lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, dispondo sobre a proteção e recuperação da saúde, tratou do tema reiterando o direito à saúde como direito fundamental:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Ainda sob o signo da proteção Constitucional, recente alteração provocada pela Lei 11.382/2006, deu nova redação ao inciso IX do artigo 649 do Código de Processo Civil, taxando de impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas com aplicação compulsória na saúde.

Em observância a norma cogente Constitucional, que determina a regulamentação das políticas públicas relacionadas à saúde, o Ministério da Saúde aprovou Portaria n.º 2.577/GM que regulamentou lista de medicamentos de Dispensação Excepcional, considerando o alto custo e a necessidade imanente de uso dos medicamentos,

O esboço adrede delineado, que sem sombra de dúvidas não esgotou toda a construção legal sobre o tema, evidencia de forma robusta a preocupação do legislador em assegurar ao jurisdicionado, o acesso à saúde.

O rigor da garantia à saúde é inquestionável, o que é revelado na leitura de cada texto legal, que não admite na hipótese qualquer flexibilização do direito, aliás, como não deveria deixar de ser, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Destarte, o rigor legislativo permite ao jurisdicionado que tenha negado o seu acesso aos medicamentos considerados indispensáveis para o tratamento médico, e como negativa considera-se a ausência do Estado em fornecer os medicamentos, porque eventualmente o jurisdicionado é oriundo de tratamento privado, ou mesmo porque não considera o jurisdicionado hipossuficiente, ou ainda por entender que há tratamento alternativos, menos onerosos aos cofres públicos, valer-se de medidas judiciais a fim de ver restabelecidos e resguardados seu direito fundamental.

Sendo correto afirmar que o conflito, jurisdicionado, judiciário e Estado materializa-se com a propositura de ações judiciais, que notadamente tem o condão de influenciar a atividade financeira do Estado e, sobretudo pode representar a diferença entre a vida e morte para o jurisdicionado.

3. O BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE

O dever do Estado, quando evidenciada a necessidade do cidadão é inequívoco. Tal afirmação vem fortemente amparada pela legislação delineada, que não deixa dúvida sobre tal desiderato.

A multiplicação de medidas judiciais buscando o acesso a medicamentos, ante a frequente recusa Estatal, é de igual modo fato inescusável.

Diante das afirmações encerradas nos parágrafos acima, é possível identificar os principais argumentos validados pelas partes, a fim de ver atendido seu pleito ou sua resistência. Destaca-se, pois argumentos fundados na reserva econômica do possível como tese Estatal, e por outro lado a garantia de direitos

fundamentais, fulcrada no direito ao mínimo existencial.

Evidenciando que a decisão judicial sobre o tema, observando um ou outro argumento, deverá sem sombra de dúvida, valer-se da análise do direito pleiteado e suas consequências, adotando assim a teoria da proporcionalidade.

3.1 A Reserva Econômica do Possível

Os argumentos suscitados pelo poder público encerram vários desdobramentos, sempre partindo, porém, da reserva econômica do possível, instituto delineado pela doutrina e jurisprudência.

Inegável o elevado custo e o forte impacto financeiro que o atendimento aos direitos sociais, e especificamente o franqueamento de medicamentos ao cidadão, causa nas reservas financeiras do Estado, argumento maior para negativa ao comando Constitucional.

Admitir, porém tal assertiva implicaria em discricionarizar todos os direitos e fundamentos preconizados pela Constituição Federal, facultando dessa forma, o cumprimento e observância de preceitos fundamentais à existência de recursos econômicos destinados para tal desiderato, e por via reflexa mitigar o efeito cogente da norma Constitucional.

Aliás, tal interpretação afronta inclusive o texto Constitucional, que ao dispor sobre os princípios da ordem econômica, declina:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A conclusão, resultante da interpretação da norma vem destacada por Araujo e Nunes Junior:

Foi uma opção clara do constituinte de atribuir ao modelo econômico uma finalidade dirigente da realidade econômica, bem busca do chamado estado do bem-estar social. Assim, a intervenção estatal na econômica deve ser marcada por esse pronunciado critério de equidade, quer na atuação por serviços diretamente prestados a população, quer incentivos ou fomentos de caráter econômico. (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2007, p.470).

Ademais, não é crível admitir ou sequer considerar que o Estado deixe de cumprir uma determinação judicial, porque supostamente não disporia de recursos financeiros.

Não se pode negar a utilidade de controle orçamentário, ou mesmo da legislação que regulamenta a responsabilidade fiscal, mesmo porque apresentou relevante contribuição na fiscalização dos atos do administrador público. Aliás, notável seria critério para aferição de responsabilidade fiscal e econômica, o atendimento pelo Estado dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, merecem destaque as considerações de Frascati:

Tal argumentação, entretanto, ainda que fundada essencialmente num dado da realidade concreta, impossível de ser menosprezado - a escassez de recursos públicos -, não pode ser indiscriminadamente aceita como justificativa para a não concretização da norma pelo legislador. Conformer-se com “reserva do possível” como sendo um impedimento absoluto para concretização dos direitos sociais, é promover a idéia de que estes direitos apenas existem ou vinculam o legislador quando existirem recursos para a concretização da prestação, o que reconduz à desvalorização dos direitos sociais.(FRASCATI, 2007, p.411)

Inegável, portanto a fragilidade do referido argumento para fundamentar a negativa administrativa, bem como determinação judicial de acesso aos medicamentos indispensáveis para assegurar o mínimo existencial ao cidadão-jurisdicionado.

3.2 Direitos Fundamentais: Mínimo Existencial

A proclamação de direitos fundamentais na Constituição Federal, bem como a nota de que cabe ao Estado garantir os referidos direitos, traduz uma conotação clara de que o Estado somente estará aperfeiçoado se observadas as diretrizes contidas em sua Carta Constitucional.

Afirmção que exurge claramente da leitura do disposto no primeiro regramento da Constituição Federal:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Nota-se claramente a instituição dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e em singela hermenêutica, é possível afirmar que uma instituição sem fundamentos tende a ruir e descaracterizar-se. Bastaria por si, o referido argumento para que o Estado fosse obrigado a cumprir todos os deveres delineados pela Constituição Federal.

Nesse sentido Araujo e Nunes Junior:

Note-se nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém o Estado que os proclama e protege assume uma formatação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa. (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2007, p.111).

Destaca-se, pois a argumentação do direito ao mínimo existencial, como fundamento para direito ao acesso a medicamentos, que representam inequivocamente alento para dor ou sobrevida com o mínimo de dignidade humana.

Discorrendo sobre o conceito de mínimo existencial Frascati declina:

A identificação do mínimo essencial, como já mencionado supra, se dá por meio da definição do núcleo essencial do direito, podendo-se dizer que conteúdo essencial de cada direito social é condição para um mínimo de existência. (FRASCATI, 2007, p.437).

Pois bem, a garantia à mínima parcela material dos direitos fundamentais é dever inerente ao Estado, que se sobrepõe sobremaneira a qualquer escusa apresentada.

3.3 Solução do Conflito: Ponderação de Princípios.

Não raras vezes, a lide apresenta-se ao julgador com evidente colisão de leis e princípios, ou mesmo entre princípios, casuística pertinente ao tema central deste artigo.

Consoante disposição legal processual, o julgador não pode abster-se

de julgar, seja por omissão ou obscuridade da lei, ou mesmo por deparar-se com a incidência de confronto de princípios, que sustentam ambas as teses.

Nesse ponto, destaque para as considerações de Alexy:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como ocurre cuando, según um principio, algo está prohibido y, según outro principio, lo mismo esta permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante El otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazando ni que en el principio desplazado haya que introducir uma cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al outro. (ALEXY, 2007, p. 70-71)

No mesmo sentido Canotilho:

“...conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos (CANOTILHO, 1993, p.168).

Aplicando casuisticamente a disciplina da ponderação de princípios, considerando o argumento da reserva econômica do possível *versus* direitos fundamentais, ou mínimo existencial, inelutável concluir pelo maior peso dos direitos fundamentais, afastando diante do caso concreto, a incidência da reserva econômica do possível, sem, contudo considerá-lo nulo.

Importa sobre o tema, destacar relevante decisão do Ministro do Supremo Tribunal Celso de Mello, ao apreciar Medida Cautelar Pet. 1.246 com origem em Santa Catarina vejamos:

“D E S P A C H O : A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene) a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao

adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente à família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997. Ministro CELSO DE MELLO Vice- Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)

De igual modo, em recente decisão, o Ministro Gilmar Mendes, em caso inclusive que contou com intensa participação da sociedade em audiências públicas para tratar sobre o tema, em razão de pedido de suspensão de Tutela Antecipada (STA 244), decidiu pela manutenção da tutela concedida:

DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, ajuizado pelo Estado do Paraná, em face da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, nos autos da ação ordinária 003.064/2007, mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 454.365-5/01, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado. Na origem, o menor Wesley de Oliveira Xavier ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, contra o Estado do Paraná, com o fim de obter o fornecimento do medicamento NAGLAZYME (Galsulfase), na posologia de 3 frascos de 5ml por semana, por tempo indeterminado, necessário para o tratamento da doença Mucopolissacaridose do Tipo VI. (fls. 39-53). O Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba deferiu a antecipação de tutela postulada, fixando multa diária no va-

lor de R\$ 200,00 em caso de descumprimento (fls. 66-68). O Estado do Paraná requereu a suspensão da liminar ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado (fls. 17-35). O Presidente do Tribunal deferiu a suspensão da execução de liminar, sob a fundamentação de que o medicamento não consta da Relação de Medicamentos Excepcionais do Ministério da Saúde, não é registrado na ANVISA e, consequentemente, não possui comercialização autorizada no país (fls. 82-86). O autor da ação originária interpôs Agravo Regimental requerendo a cassação da decisão monocrática que suspendeu a tutela antecipada (fls. 92-137). O Órgão Especial do Tribunal, por maioria, deu provimento ao Agravo Regimental, cassando a decisão monocrática do Presidente do Tribunal e restabelecendo a tutela antecipada (fls. 248-262). O Estado do Paraná apresenta novo pedido de suspensão de tutela antecipada a esta Suprema Corte. Alega, em síntese, que o medicamento não foi registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, portanto, não pode ser comercializado no Brasil. Infere que o Poder Público não pode servir de amparo para experimentos de laboratórios e indústrias farmacêuticas e que cabe ao Poder Executivo elaborar as políticas públicas de saúde, estabelecendo instrumentos e critérios de dispensação de medicamentos à população. Aduz que o Estado não se nega a tratar o autor, mas que é necessário que o menor se submeta à prévia avaliação do SUS para que seja receitado o tratamento disponível. Defende que as prestações de saúde devem ser executadas dentro da “reserva do possível” e que o Estado do Paraná gasta, em razão de decisões judiciais, mais de treze milhões de reais e que só com o autor gastará R\$ 18.000,00 dólares por mês, sem que haja a respectiva fonte de custeio. Sustenta a ocorrência de grave lesão à ordem pública e a possibilidade do “efeito multiplicador” da decisão. Decido. A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nos 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte. No presente caso, reconheço que a controvérsia instaurada na ação em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 2º, 6º, caput, 167, 196 e 198 da Constituição. Destaco que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas). Nesse sentido,

confira-se trecho de decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da STA no 138/RN: “[...] os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual” – (STA no 138/RN, Presidente Min. Ellen Gracie, DJ 19.9.2007). Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR no 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR no 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. O art. 4º da Lei no 8.437/1992 c/c art. 1º da Lei 9.494/1997 autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A decisão liminar que o Estado do Paraná busca suspender, ao deferir a antecipação da tutela, determinando que o Estado fornecesse o medicamento Naglazyme (Galsulfase) ao menor Wesley de Oliveira Xavier, fundamentou-se na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde, na Lei nº 8.080/90 e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um

forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. Em 5 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que “nenhum

dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem. O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação. Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois

tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial. Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das

Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Dos documentos acostados aos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito: a) segundo consta do relatório médico assinado pelo Dr. Salmo Raskin (CRM/PR 11162), Wesley de Oliveira Xavier, com 7 anos de idade, foi diagnosticado em 2003 como sendo paciente afetado pela Mucopolissacaridose de Tipo VI, apresentando deformidades esqueléticas, hérnias umbilical e inguinal e opacidade da córnea (fl. 57); b) ainda, segundo o relatório médico, houve significativa piora dos sintomas clínicos nos últimos meses, estando com “déficit de 95% na visão esquerda, respiração extremamente dificultada, hepatoesplenomegalia, acentuada dificuldade motora e apatia” (fl. 57); c) os exames de fls. 58-61 comprovam que o diagnóstico enzimático (dosagem da enzima Aril-sulfatase de 10nmoles/h/mg proteína) foi confirmado pela análise molecular do gene ARSB, revelando a presença de duas mutações (D54N e L 72R); d) o médico prescreveu, de acordo com o diagnóstico e o caráter progressivo da doença, a medicação Naglazyme (Galsulfase), 3 frascos de 5ML por semana (EV bomba de infusão), por tempo indeterminado (fl. 62); e) a Secretaria de Estado da Saúde do Paraná informou que, por não constar da Portaria GM/MS 2577/2006, o medicamento não é fornecido pela Farmácia Especial (fl. 63); f) segundo o Parecer Técnico nº 134/07, da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, o medicamento Naglazyme (Galsulfase) não está registrado na ANVISA, sua comercialização não está autorizada pela ANVISA e não faz parte dos medicamentos gerenciados pelo CEMEPAR (fl. 73); g) ainda segundo o Parecer Técnico, há indicação na bula do

Naglzyme para tratamento de substituição enzimática prolongada em doentes com diagnóstico de Mucopolissacaridose VI (Síndrome de Maroteaux-Lamy), tendo sido designado medicamento órfão para o tratamento da doença em 14 de fevereiro de 2001 (fls. 73 e 76); h) “Em 24 de Janeiro de 2006, a Comissão Europeia concedeu à BioMarin Europe Ltd uma Autorização de Introdução no Mercado para o Naglzyme, válida para toda a União Europeia” (fl. 75); i) o custo mensal do tratamento está orçado em US\$ 18.000,00 (fl. 9); e j) o Estado do Paraná alega que, hoje, destina R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) para cumprir decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos (fl. 7). O argumento central apontado pelo Estado do Paraná reside na falta de registro do medicamento Naglzyme (Galsulfase) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e, consequentemente, a proibição de sua comercialização no Brasil. No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento Naglzyme ainda não se encontrava registrado na ANVISA. A importância da ação regulamentadora, controladora e fiscalizadora da ANVISA para a proteção e promoção da saúde da população, ao garantir a segurança sanitária dos produtos e serviços, fica evidente ao se analisar o Relatório Europeu de Avaliação Pública (EMEA/H/C/640), da Agência Reguladora Europeia (EMEA), citado pelo Parecer Técnico da Secretaria de Saúde Estadual, que aprovou a introdução do medicamento na União Europeia. No Relatório Europeu, constam os cuidados necessários para a administração do medicamento e seus possíveis efeitos colaterais: “(...) O Naglzyme é administrado na forma de uma perfusão de 4 horas, uma vez por semana. O Naglzyme deve ser administrado por um médico com experiência neste tipo de tratamento. Antes de cada perfusão, os doentes devem receber um anti-histamínico (para reduzir qualquer reação alérgica) e podem ainda receber um antipirético (para prevenir a febre). (...) Os efeitos secundários mais frequentes (mais de 1 em 10 doentes nos estudos clínicos) são causados pela perfusão e não pelo medicamento. Estas reações incluíram urticária (uma reação cutânea) da face e do pescoço e problemas respiratórios. Os efeitos secundários mais frequentes observados nos estudos clínicos foram dores de cabeça, febre, artralgia (dores nas articulações), vômitos, constipações, dores abdominais (dores de barriga), diarreia, dores de ouvidos, tosse e infecções nos ouvidos. O Naglzyme não deve ser utilizado em pessoas que possam apresentar hipersensibilidade (ser alérgicas) à galsulfase ou a qualquer dos seus componentes. (...) O Naglzyme foi autorizado em ‘Circunstâncias Excepcionais’ porque, como se trata de uma doença rara, não foi possível obter informações completas sobre o medicamento. A Agência Europeia do Medicamento (EMEA) reavaliará anualmente quaisquer novas informações sobre o medicamento e atualizará o presente resumo conforme necessário. (...) A em-

presa que fabrica o Naglazyme irá efetuar estudos para investigar a utilização de Naglazyme em crianças com idade inferior a 5 anos, para monitorar se os doentes desenvolvem anticorpos (proteínas que são produzidas pelo organismo em resposta ao Naglazyme) que possam afetar a resposta ao tratamento, bem como para determinar a dosagem ótima a administrar numa base regular a longo prazo. (...) A empresa que fabrica o Naglazyme está a implementar um plano para monitorar a segurança e a eficácia do medicamento a longo prazo, recolhendo todos os dados necessários dos doentes tratados com o medicamento.” (<http://www.emea.eu.int>) Assim, a decisão monocrática proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, ao decidir o pedido de suspensão de liminar nº 454.365, bem analisou a questão: “(...) Ademais, de acordo com o teor do Parecer Técnico nº 13407, subscrito pela Auditora Médica do CEMEPAR (fls. 58/61), o fármaco pretendido, além de não fazer parte dos medicamentos fornecidos pelo Estado do Paraná, não é registrado na ANVISA, e, consequentemente, não possui sua comercialização autorizada pelo referido Órgão do Ministério da Saúde. Logo, não tem a sua eficácia terapêutica comprovada. Com efeito, consoante se infere no Parecer referido, embora o medicamento Naglazyme (Galsulfase) esteja indicado para terapêutica de substituição enzimática prolongada em doentes com diagnóstico confirmado de Mucopolissacaridose VI (indicação da bula), observa-se que tal recomendação não esta baseada em estudos científicos aprovados pela ANVISA, Órgão este responsável por tal procedimento no Brasil, tratando-se, portanto, na linguagem médica, de remédio meramente experimental. Sendo assim, permitir o fornecimento de medicamento, em contrariedade às normas estabelecidas pela comunidade médica científica, através dos Protocolos Clínicos (o remédio solicitado sequer é aprovado pela ANVISA não existindo, portanto, Protocolo específico para a sua distribuição), representa sérios riscos não só à saúde do paciente Wesley, como também à ordem e economia pública (o Estado se vê obrigado a adquirir medicamento que não possui comercialização autorizada no Brasil). Revela-se no contexto a respeito da não-evidência de risco de morte do paciente, ao cessar o uso do citado remédio. Seria mister a realização de perícia, não valendo unilateral relatório médico (fl. 42).” (fls.84-85) No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento Naglazyme (princípio ativo Galsulfase), produzido pela empresa BIOMARIN Brasil Farmacêutica, possui registro (nº 173330001) válido até 02/2014. O medicamento Naglazyme, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Apesar de o Estado do Paraná alegar a ineficácia do uso de Naglazyme para o tratamento da doença de Mucopolissacaridose Tipo VI, não comprovou a impropriedade do

fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS. Como relatado pelo Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos (MPS) na Audiência Pública, a Terapia de Reposição Enzimática, único tratamento específico para a patologia em questão, não é experimental, uma vez que os fármacos Laronidase (prescrito para MPS Tipo I), Indursulfase (prescrito para MPS Tipo II) e Naglasyme (prescrito para MPS Tipo VI) estão registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e na Agência Europeia de Medicamentos (EMA). Apesar disso, nenhuma das três enzimas são contempladas pela Política de Medicamentos Excepcionais do Sistema Único de Saúde, que não possui tratamento alternativo específico para a doença Mucopolissacaridose. Ademais, o relatório médico de fl. 156 atesta que “a terapia de reposição enzimática (NAGLAZYME) constitui o único tratamento eficaz para a doença, e é o único tratamento que pode salvar o paciente de complicações graves”. Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão representa *periculum in mora* inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 18 de setembro de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente

Sobre o tema, Bobbio declinou sem reservas:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. (BOBBIO, 1992, p.24)

Objetiva-se que os argumentos delineados convergem para solução que privilegia as sólidas bases do Estado Democrático de Direito, ou seja, militam a

favor da preservação incondicional dos direitos fundamentais.

4. A HIPOSSUFICIÊNCIA DO CIDADÃO

A Constituição Federal não distinguiu o sujeito beneficiário dos direitos fundamentais, não admitindo nesse norte qualquer sectarismo quanto a seus destinatários, seja por fatores econômicos, sociológicos ou mesmo ideológico.

De igual modo, o critério de ponderação de princípios, que afasta a incidência de argumentos econômicos, reforçando o direito a vida e à saúde, não destaca a necessidade da configuração da hipossuficiência para incidência da equação.

No entanto, a fim de reforçar a tese de necessidade imanente do fornecimento de medicamento, bem como afastar argumentos contrários, é curial evidenciar as formas de configuração da hipossuficiência.

4.1 Configuração da Hipossuficiência

Notadamente, a hipossuficiência traduz-se na fragilidade, inferioridade, vulnerabilidade, apresenta-se de forma mais ostensiva nas relações de consumo, festejada inclusive no artigo 6º do Código de Defesa de Consumidor, que consigna a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor a fim de facilitar sua defesa, quando este for hipossuficiente, no caso vulnerável em relação ao fornecedor.

Destarte, é fato que o cidadão-jurisdicionado possui em relação ao estado uma relação ímpar de consumo, surgindo dessa forma à figura do cidadão-consumidor dos serviços Estatais.

A definição de hipossuficiência nas relações de consumo também aplicada ao cidadão-consumidor vem bem delineada por Grinover:

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art.4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, a outros cuja vulnerabilidade é superior a média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles em cuja a posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. (GRINOVER, 2001, p.325).

Não se pode olvidar inclusive, que os serviços públicos estão sujeitos a princípios rígidos, nos termos preconizados por Meirelles:

A Constituição insere, ainda, o conceito de serviço relevante, como

a saúde (art. 197). Atendendo a essa orientação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.079/90) considera como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º) e, em complemento, obriga o Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações e a reparação dos danos (art. 22º e parágrafo único). (MEIRELLES, 1997, p.296-297)

Já se asseverou a incapacidade Estatal para suprir todas as necessidades e direitos assegurados aos cidadãos, aliás, fato inclusive incontroverso, e reconhecido pelo próprio Constituinte.

O artigo 175 da Carta Magna opera distinção, ainda que implícita de serviços públicos privativos e serviços públicos não privativos, delineando e criando distinção entre serviços, que embora estejam abrangidos pelo conceito de direitos fundamentais, poderão ser exercidos por particulares.

O alcance da norma vem bem delineado por Grau, nas linhas abaixo:

Entre os primeiros, aquele cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-Membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – serviços públicos não privativos – aqueles que em edições anteriores deste livro equivocadamente afirmei terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Exemplos típicos de serviços públicos não privativos manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde. (GRAU, 2002, p. 153)

Sobre o tema segue discorrendo:

Há, portanto serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada e a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais (GRAU, 2002, p. 154).

A Lei 11.079/2004, que instituiu a possibilidade do modelo da Parceria Pública Privada (PPP), definida por Justen Filho:

[...] parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar a obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio de uma garantia especial reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (JUSTEN FILHO, 2005, p.549)

As considerações acima são necessárias a fim de evidenciar que o conceito de hipossuficiência do cidadão-jurisdicionado ultrapassa a barreira da condição econômica, aliás essa conclusão deflui inclusive da delegação do Estado ao particular quanto à possibilidade de prestação de serviços na área da saúde.

Nessa esteira, o paradigma, de que somente o cidadão que suportou as mazelas da saúde pública tem preferência na dispensação de medicamentos, em detrimento ao igualmente cidadão que ocasionalmente teve acesso a rede privada de saúde, não tem mais lugar em nosso modelo Constitucional de direito a saúde, de igual forma, referido parâmetro não pode ser considerado para aferição de hipossuficiência ou mesmo de preferência.

A afirmação de hipossuficiência demanda mais que uma análise financeira atual do cidadão, devendo considerar projeções futuras do impacto que a aquisição de medicamentos de forma contínua podem causar em sua situação econômica.

De igual modo, a fragilidade do cidadão deve ser considerada em face da condição do Estado, que invariavelmente tem acesso aos medicamentos a custos reduzidos, e de igual modo detém o monopólio na produção de alguns de medicamentos.

Destaque, ainda para sua própria ingerência na composição do custo dos medicamentos, poder consolidado com a criação da Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos (CEMED), com regras definidas pela Lei 10.472/2003, que já adotou um Coeficiente de adequação de preço (CAP), impondo em várias ocasiões a aplicação do referido coeficiente impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais, o que denota evidente intervenção econômica do Estado na economia.

Aliás, sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela legalidade das limitações de preço, em voto proferido pela Ministra Eliana Calmon, que restou sintetizado no acórdão a seguir colacionado:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PROCESSUAIS – INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA – CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS – CEMED – COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) – LEI 10.742/2003.

1. Legitimidade da associação autora, constituída há mais de ano e devidamente autorizada a agir por decisão da assembléia geral.
2. Inexistência de ofensa ao art. 20 do Código de Ética da OAB a justificar o envio, pelo STJ, de cópia dos autos àquela Autarquia, a quem compete a apuração da infração.
3. A Lei 10.472/2003 definiu as normas de regulação do setor farmacêutico, criando o CEMED – CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, órgão a quem compete estabelecer critérios de aferição dos preços dos produtos novos, antes de entrarem no mercado, havendo precedente desta Corte dando pela constitucionalidade da delegação de competência normativa (MS 11.706/DF).
4. A Resolução CEMED 04/2006 determinou a aplicação do CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais.
5. Ato impugnado que encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei 8.080/90), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.
6. Segurança denegada. (MS 12730 / DF Mandado de Segurança – 2007/0068561-2 Relator (a) Ministra Eliana Calmon – Órgão Julgador Primeira Seção – Data do Julgamento 27/06/2007 – Publicação/ fonte DJ 03/09/2007 p.112).

Em abono da tese sufragada, é pertinente ponderar que as considerações delineadas elevam o cidadão-jurisdicionado ao *status* de consumidor face ao Estado, e reflexamente outorgam as garantias próprias, ressalvadas as proporções ideais, a relação consumeirista.

5. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO MODELO PROCESSUAL PARA OBTENÇÃO DO ACESSO A SAÚDE.

O tema exposto evidencia o direito do cidadão ao acesso a medicamentos e reflexamente a obrigação do Estado no respectivo fornecimento, tudo em atenção ao direito fundamental a saúde salvaguardado pela Constituição Federal.

Destarte, da negativa do Estado em fornecer o medicamento necessário e vital para garantia ao mínimo existencial do cidadão, faz surgir seu direito de ação, com a existência inescusável do interesse em agir, legitimidade e finalmente a possibilidade jurídica do pedido.

Seguindo nessa linha, é preciso identificar qual medida processual seria a mais adequada à pretensão, destacando-se a ação cominatória com o reforço das tutelas específicas disciplinadas pelo artigo 461 do CPC, que comportam

maior dilação probatória, e têm no instituto da tutela antecipada a possibilidade de antecipar os efeitos com o fornecimento do medicamento, até a decisão final da lide.

De outro lado, temos o Mandado de Segurança, remédio Constitucional previsto no artigo 5º da Constituição Federal para proteger direito líquido e certo, e disciplinado pela Lei 12.016 de 07 de Agosto de 2009.

5.1 Direito líquido e certo

O Mandado de Segurança, consoante disposto no artigo 1º da Lei 12.016/2009, será concedido para proteger direito líquido e certo, sempre que ocorrer ilegalidade ou abuso de poder, ou estar na eminência de sua ocorrência por parte de autoridade.

Claramente, o Mandado de Segurança não comporta ou admite atividade cognitiva plena e exauriente, visto que sua admissão está condicionada a existência latente do direito líquido e certo olvidado.

Sobre o tema Medina e Araújo assevera:

O mandado de segurança é uma ação civil que constitui uma garantia constitucional individual e coletiva para a tutela dos direitos fundamentais relativo às liberdades públicas albergados pelo art. 5 da CF/88. Seu manejo esta indissociavelmente atrelado ao *status activus processualis* e é manifestação do direito de resistência do cidadão contra os atos ilegais e abusivos praticado pelo poder público. (MEDINA, ARAÚJO, 2009, p.20-21).

Tem-se, portanto, que a existência do direito líquido e certo retrata essencialmente a possibilidade de através de uma cognição rarefeita, a luz de provas documentais robustas possa o julgador identificar o ato de abuso ou ilegalidade da autoridade.

Nesse ponto, não resta dúvidas que a existência de documentação pertinente, receituário e prontuários médicos e mesmos exames, atestando a necessidade do impetrante em obter tratamento através da dispensação de medicamentos aos quais não tem acesso, bem como a comprovada, inércia ou negativa do Estado em fornecer os respectivos medicamentos, autorizam a concessão da segurança.

De igual modo, a figura do Estado confunde-se com o conceito de autoridade coatora, que deverá figurar como parte passiva na ação.

Segundo Medina e Araújo:

O conceito de autoridade coatora é importante não só para identificar

o pólo passivo no mandado de segurança, mas para fixar a competência quanto ao ajuizamento da ação. No conceito de autoridade coatora (art. 1, da Lei 12.016/2009) encaixam-se todos aqueles que exercem o *mínus* público. Nesta acepção, podem-se englobar os agentes políticos, os ocupantes de cargos e empregos públicos, bem como os particulares “no exercício de atribuições do poder público”. (MEDINA, ARAÚJO, 2009, p.45)

É possível verberar que diante de ato ilegal ou arbitrário perpetrado por autoridade, em seu conceito já delineado, que confronte um dos direitos fundamentais, com comprovação material da necessidade, teremos no mandado de segurança o modelo processual para defesa do direito Constitucionalmente assegurado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da matéria delineada, é possível afirmar inequivocamente que o direito a saúde encontra-se no rol de direitos fundamentais, fato que declina o dever do Estado em suprir as necessidades do cidadão-jurisdicionado.

Por outro lado, restou latente conclusão pela fragilidade de argumentos para justificar a negativa de fornecimento, como a reserva econômica do possível, princípio que deve ceder espaço ao direito fundamental da saúde, configurado no mínimo existencial.

De igual forma, evidenciou-se que os direitos fundamentais são recepcionados por toda sociedade, no entanto as respectivas reservas iniciam-se a partir da necessidade de sua implementação, o que caracteriza um problema mais político que jurídico ou social.

Destacou-se ainda, o posicionamento dos Tribunais, Superiores sobre o tema, que de forma uníssona tem privilegiado como princípio o direito maior a vida.

Finalmente, com as conclusões de que o direito pleiteado refere-se a clausula inflexível da Constituição Federal, o Mandado de Segurança, revela-se a medida processual mais eficaz diante de eventual negativa ou omissão Estatal no fornecimento de medicamentos.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 1.246**. Tribunal. Relator Celso de Mello. J. 22.04.97. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Administrativo – ato – resolução**. Mandado de Segurança nº 12730. 1 Seção. Relatora Min. Eliana Calmon. J. 27.06.07. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

ALEX, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privadas e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FRASCATI, J. S. P. G. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamento para um debate. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 48, n. 1 e 2, p. 411-437, 2007.

GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRINOVER, A. P. et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. **Mandado de segurança individual e coletivo**: comentários a lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

PROCESSUAL MODEL OF ACCESS TO HEALTH

ABSTRACT: The article has analyzed the right to health as an undeniable right of the citizen-courts, in view of his constitutional protection and equal status as a

fundamental right, especially because it is within the concept of human dignity. It spoke on the citizen as consumer-jurisdictional government services, and thus revealed their rights, including outlining the concept of hypo-sufficiency involving the citizen-consumer. So it also underscored the limitation of the front of social demand, an emphasis that this obstacle could not translate the financial obstacle to duty of the state, justifying the removal of economic principles in the face of constitutional principle of the fundamental right to health. Finally, it stressed that the mandamus Constitutional remedy to ensure a clear legal right guided by Article 5 of the Constitution appears to be the most appropriate measure to guarantee fundamental rights.

KEYWORDS: Health. Injunction. Proportionality. Reserve as possible. Minimum existential process model. State.

EL MODELO PROCESAL DE ACCESO A LA SALUD

RESUMEN: Este trabajo analiza el derecho a la salud como derecho indeclinable del ciudadano-jurisdiccional, en vista de la protección Constitucional y de igual forma su *status* de derecho fundamental, sobre todo porque se encuentra dentro del concepto de la dignidad humana. Reflexiona sobre el ciudadano-jurisdiccional como consumidor de los trabajos Estatales, y de esa forma evidencia los derechos de ese individuo, delineando incluso el concepto de hiposuficiencia que involucra el ciudadano-consumidor. Por consiguiente, se destaca la limitación del Estado frente a la demanda social, evidenciando, principalmente que ese obstáculo financiero no se puede convertir óbice al deber del Estado, justificando la distancia de principios económicos frente a principios constitucional del derecho fundamental a la salud. Por último, se destaca que el Orden de Seguridad recurso Constitucional para asegurar el derecho legal claro guiados por el artículo 5º de la Constitución Federal, se revela como la medida más adecuada para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Salud. Orden de Seguridad. Proporcionalidad. Reserva del posible. Mínimo existencial. Modelo procesal. Estado.